POR DON IVSTINO DE XAVREGVI,

En el pleyto de acreedores de Pedro de el Carpio, en el articulo con el Conuento de la Real, y otros.

En respuesta y satisfacion del papel que se ha dado por los acreedores.

QVatro Articulos se fundaron en el papel de Don Iustino, y los mismos, è conuerso, se pretenden fundar en el contrario, y no se fundan, como se mostrarà siguiendo el mismo discurso.

ARTICVLO PRIMERO.

Que se pudo depositar todo el precio de las casas, sin discontar los tributos abiertos.

1. TODO el fundamento de la otra parte y su Abogado cõsiste en las palabras de la postura, ibi: *Y el resto que quedasse de la dicha cantidad, baxados y discontados los principales de los tributos, lo auia de depositar, &c.* En esta se haze instancia desde el num.4. hasta el 9. ponderando que primero que se hiziesse el deposito, se auiã de liquidar los tributos, y baxarlos para ver si quedaua algun residuo, que era el q̃ se auia de depositar, y no los principales de los tributos. Y en el num.10. confiessa el Abogado contrario, que el reconocer los tributos, o no, estaua en eleccion de D. Iustino y de su tutor, pero no el depositar todo el precio; porque cõforme a la postura, solo pudo depositar el resto; y no auiẽdolo, porque los tributos consumen todo el precio, no huuo que depositar, *Quia residuum comprehendit totum si nihil deest, & nihil si nihil superst. l. 2. C. de hæredibus instituend. cum alijs in num. 4. traditis.*

2. Pero sin embargo, por lo mismo que alega el Abogado contra-

rio, estuuo bien hecho el deposito de todo el precio, y se debio hazer assi conforme la postura: porque el auer dicho que se depositaria el resto baxados los tributos, fue lo mismo que si se dixera, que se depositaria el todo, no baxados. Y esto nunca se pudo justificar mejor que aora con la quenta que haze la otra parte, conque consume todo el precio de las casas con el valor de los tributos; de manera que no dexa residuo alguno, y assi fue preciso depositar todo el precio. Y no es buena consequencia dezir: No ay residuo, luego no ay que depositar. Antes se ha de entēder al reues: No ay residuo, luego se ha de depositar todo el precio, porque siempre era deudor Don Iustino de 7ɉ. ducados del precio de las casas, aya residuo, o no lo aya. Y aunque esta palabra Residuo, o Resto, vnas vezes significa el todo, otras la parte, otras nada, se ha de entender segun la sujeta materia, vt ait *Rebuff. in l. potest 95. ff. de V.S.* vers. *9. His*, donde dize, *Quod poterit pro subiecta materia dignosci, nempe quando conueniet toti totū si parti partem significauit*. Y antes auia dicho, que *interdum partem, interdum totum pro qualitate materiæ significat*. Y assi quando no se puede verificar el resto ni le ay, por auerse dispuesto de la cantidad antecedente y tenido efecto la disposicion, entonces no significa nada, como en la especie de la *l. item quod Sabinus, §. sed si ex asse, ff. de hæredibus instituend.* dōde se instituyò a vno por heredero de todos los bienes, y despues a otro, ex reliqua parte dize el texto, que de nada fue instituido, quia nihil reliquum est: pero si aquella institucion primera no valiesse o vacasse alguna parte, todo lo lleuaria el segundo, quia *tunc sub verbo reliquum, totum continetur*, vt notat *glossa* ibi, verbo *ex nulla*: lo mismo prueba la *ley 19. tit. 3. p. 6.* Y assi dize *Veroyo en el cons. n. 53. tom. 2.* que *appellatione residui totum continetur quando aliter de parte nō fuit prouisum. Cancerius variar. cap. 22. n. 81. tom. 3.* donde dize, quod *totū continet quod alius non capit, nec capere potest*, comprobat *Costa de ratione ratæ, quæst. 163. per totam*. Pero quando se dispuso del todo o parte, y la disposicion no tuuo efecto, o por no auer querido acetar el primero, o por no ser capaz, entonces *appellatione residui totum continetur*. Y este es el caso de este pleyto, no el primero: porque eunque fue calidad que se auian de baxar los tributos, esto quedò en eleccion de el comprador, y no los quiso baxar porque pagò por entero, y assi no tuuo efecto aquella calidad: y el resto se verifica en el todo, maximè quando la materia es de tal calidad, que milita la misma razon en el todo, que en la parte, como en el caso de la *ley cum optio, ff. de optione legat.* donde el testador legò vno de dos esclauos el que eligiesse Pedro, y el que dexasse lo legò a otro: sucedio que el primero no eligio, y resuelue el Consulto, que ambos esclauos se deben al segūdo legatario. Porque aunque las palabras parece que insinuauan

legado

legado solo de vno, que era el que quedasse, adhuc no se verificò el resto porque no eligio el primero, y assi aquella palabra los significa todos. Y mejor lo prueba la *l. 2. C. de hæredibus instit.* ibi: *Nam residui commemoratio etiam totum admittit:* y nota *Alexandro, quod appellatione residui totũ cõtinetur quando nõ reperitur pars, in cuius defectum possit illud verificari. l. potest 95. ff. de V. S. potest reliquorum appellatio vniuersos significare. l. 160. eodem tit.* & vtrobique *Rebuffus,* vbi latè *Iass. cons. 129. vol. 4. Afflictis decis. 285. n. 3. Peregrinus cons. 55. tom. 1. n. 1, C. de iure fisci, art. 9. num. 6. Alexand. cons. 130. lib. 2. n. 6.* ibi: *Non obstat quod testator vsus fuerit verbo residuum, & sic præsupponere videatur, quod locus sit detractioni dotium, vt sit locus dictæ erogationi, quia respondeo, quod etiam verbum residuum verificatur in toto quando non est pars, seu non reperitur, in cuius reliquum possit ista dictio verificari, &c.* Eleganter *Cumanus cons. 114.* ibi: *Nam cum Alberto assignari voluerit tot de bonis quæ valeant mille post mortem Benedicti, superfluum autem voluerit ad hæredes reuerti, intelligi debet superfluum id quod nõ fuerit assignatum, & sic totum vbi nihil fueri assignatum.* Lo mismo prueba *Paulo de Castro cons. 465. p. 1. n. 4.* vers. *præterea non dicunt,* ibi: *Cùm dicunt quod dicta domina restabat habere certam quantitatem, nec ex actis, vel ex laudo apparet quantum debet intelligi, quod totam dotem & quantitatẽ prædictam restabat habere, quia verbum residuum comprehendit totum, quando non constat de vna parte magis quàm de altera; sicut & verbum pars totum comprehendit, quando id quod dicitur non magis conuenit vni parti quàm alteri. ff. de leg. 3. l. Vxori: Hic autem illud quod asseritur, scilicet istam dominam restare habere certam partem, non magis verificatur in vna parte quàm in altera.*

3 Estas doctrinas se ajustan indiuidualmẽte a este pleyto, porque aunque los tributos consuman todo el precio y no dexen residuo alguno, no por esso dexaria de ser deudor Don Iustino de 7U. ducados, y siempre los auria de pagar, o reconociendo los tributos, o depositandolos con efecto, y assi no fue necessario que precediesse la liquidacion: y demos que huuiera precedido y constasse por ella q̃ no resultaua ningun residuo, no por esso los acreedores de los tributos le podran obligar a que precissamente les reconociesse: porq̃ como confiessa el Abogado contrario, el reconocerlos era acto voluntario del menor, y supuesto que esto estaua en su eleccion, antes y despues de la liquidacion pudo pagar todo el precio sin discontar los tributos, porque no los quiso reconocer: y assi el discontallos, o no, tambien estaua en su eleccion y voluntad, porque era preambulo del reconocimiento; pues claro está que pues pagò por entero sin discõtar, no quiso reconocer, y enesto vsò desu facultad y derecho: y no baxandose los tributos, no era necessario liquidar el resto, porque trataua de pagar el todo. Y aora que se assienta por la otra parte que no ay residuo, tiene menos duda este negocio, porque

que la obligacion de depositar el resto, se entiéde auiendolo, y no auiendolo, el todo, supuesto q lo mismo procedia en el todo, que en la parte, pues tan deudor era del resto como del todo, pues vno y otro era precio y de vna misma calidad: y assi se ajusta indiuidualmente, que la palabra *resto*, de que se haze mencion en la postura, no es exclusiua del todo; imo ex vi & proprietate verbi se verifica en el todo, y lo comprehende: y en los terminos de este pleyto la inclusion del resto no es exclusion del todo, vt latè probabimus infra artic. 3. n. 17.

4 Y quando huuiera duda en esta palabra *resto*, no se ha de interpretar con limitacion, sino con extension y latitud en fauor de D. Iustino, *l. quidquid adstringendæ cum similibus, ff. V. O.* ibi: *Ac feré secundum promissorem interpretamur, &c.* Y esto es llano, porque el dezir que depositaria el resto, no fue prohibirse de depositar el todo, *l. de ætate, §. si interrogatus, ff. de interrogat. act.* ibi: *Si interrogatus quis an ex asse hæres esset responderit ex parte, si ex dimidia esset, nihil ei nocere responsum, quæ sentẽtia humana est.* Y alli nota la *glossa*, quod *appellatione partis dimidia continetur, &c.* Conque concurre, que el dezir que se baxassen los tributos, no se puso en fauor de los acreedores, sino en fauor del menor para pagar el precio cõ menos desembolso: y este fue el intento, y no otro alguno. Y se prueba cõ euidencia, porque esta calidad la puso el tutor en la postura quando no trataua de preuenir condiciones fauorables a los acreedores, sino a su menor: y siempre lo entendieron ellos assi, pues cõtradixeron esta calidad, diziendo que no auia de cumplir con reconocer, sino pagar en contado, y aora alegan lo cõtrario: y assi no se puede entender en su fauor, ni retorcerle contra el menor, como largamente se funda en el primero papel art. 1. quibus addimus *l. 3. ff. de leg. commiss.* ibi: *Si vellet venditor exercebit, non etiã inuitus. l. si quis 3. ff. de seru. exportand.* Y assi pudo pagar por entero, o descontar los tributos, pues fue el pacto en su fauor, vt ait *Dom. D. Ioann. de la Rea decis. 76. per totam, præcipué num. 8.* ibi: *Vnde cúm pactum adjiceretur debitoris gratia, vt ille possit bona retrahere intra tempus præstitum, quomodocumque vellet vti pacto, & bona oblato pretio recuperare permittendum est.* Y es singular texto el del señor *D. Ioan. Bapt. de la Rea decis. 76. per totam, præcipué num. 8. l. cogi 16. §. inde quæritur, ad Trebelian.* donde se pone casi la especie de este pleyto: porque alli vn testador dexò la herencia a vno para que pagadas las deudas y legados, el resto que quedasse lo restituyesse al fideicommisso. Y resuelue el Consulto, que podrà hazer lo que quisiere, o restituir la herécia por entero sin descontar nada, o descontar los legados y deudas para pagarlos de su mano, como lo entendio *glossa in l. Marcellus, §. item Pomponius, verb. ex omnibus, ff. eodem,* ibi: *Sed hoc est in sua electione deducat legata, & ea soluat*

de

de ſua mano, an omnia ſimul reſtituat, vt infra eodem l. cogi, §. inde quæritur. Y aſsi auiendo aqui comprado en 7U ducados, de que ſe auian de baxar los tributos y depoſitar el reſto, eſtuuo en eleccion del menor baxarlos para reconocerlos, o pagar todo el precio junto paraque de alli lo cobren los acreedores, conque quedò libre. Y tan lexos eſtà de auerſe pueſto en fauor de los acreedores que ſe depoſitaria el reſto, que no ay palabra mas fauorable al comprador: porque ſi ſe dixera que lo depoſitaria todo, ſe priuaua de la eleccion de reconocer, porque ſiempre le obligarian a q̃ deſembolſaſſe todo el precio; ſiendo aſsi que eſta condicion ſe puſo para cōprar las caſas con menos deſembolſo, porque entonces no entendio el tutor q̃ el menor tuuiera dinero baſtante para pagarlas, como deſpues lo tuuo.

5 Y para que queden mas conuencidos los acreedores, concedamos ſin perjuyzio de tan expreſſos textos y doctrinas como ſe han referido, que la palabra *reſto* es tan eſtrecha, que no ſe puede entender del todo, ſino de la parte que ſobraſſe baxados los tributos, o de nada ſi no ſobraſſe nada, y que para eſto fuera preciſo que la liquidacion precedieſſe al depoſito, que es todo lo que perſuade y puede deſſear el Abogado contrario. Adhuc la juſticia de D. Iuſtino es indubitable, porque en toda la poſtura no ay clauſula que prohiba la paga de todo el precio, ſino ſolo ſe dize que ſe auian de baxar los tributos, y depoſitar el reſto: y ſupueſto que no ſe baxaron ni depoſitò el reſto ſino el todo, parece que fue caſo no preuenido en la poſtura, pues en ella no ſe dize que ſe ha de depoſitar todo el precio, ni ſe prohibe; y aſsi no ſe aurà de regular eſte depoſito por la poſtura, ſino por diſpoſicion de derecho, como caſo omitido, y conforme a el Don Iuſtino pudo pagar los 7U. ducados de ſu obligacion porquè era deudor puro de ellos, y el diſcontarſe, o no los tributos, no minoraua ſu obligacion, ni la hazia de diferēte calidad, y ſolo era neceſſario para ſaber quien eran los acreedores q̃ auia de reconocer, y ſi ſobraua algun reſiduo o no del precio, para en caſo que quiſieſſe depoſitar el reſto conforme al remate. Pero ſupueſto que no quiſo depoſitar el reſto ni reconocer los tributos, quien le podia quitar que ſe libraſſe de ſu obligacion pagando, o depoſitando todo el precio? pues lo pudo hazer etiam inuitis creditoribus, *l. quod in diem* 70. *ff. de ſolutionibus*, ibi: *Totum enim medium tēpus ad ſoluendum promiſſori liberum relinqui intelligitur. l. quod quis* 49. *ff. de act. & obligat.* ibi: *Et poteſtas eſt eius anni die dandi. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter certam, ff. de V. O.* ibi: *Totum enim medium tempus ad ſoluendum liberū promiſſori relinquitur. Paulus de Caſtro in dicta l. quod in diem. Bartulus quem ſequuntur nouiores in l. ſi conſtante, §. quoties, ff. ſolut. matrim. Anton. Gomez tom.* 2. *Var. cap.* 11. *n.* 22. *Ceuallos q.* 790. *n.* 44. *& plures allegat dom. la Rea deciſ.*

15.*n.1.cum alijs*. Y estos textos y dotrinas proceden en deudor in diē y aqui Don Iustino aun no era in diem, sino præsenti die debebat, que es caso sin disputa.

6 Y supuesto que se confiessa por el Abogado contrario, que el reconocer los tributos fue en fauor de Don Iustino, y acto de su libre voluntad y eleccion, y que no le podiã obligar a que los redimiesse, y que los pudo baxar o redimir, como se afirma en el papel contrario num.10. no tuuo necessidad de valerse del pacto del remate para hazer el deposito, sino vsar de su derecho pagando lo que debia, como lo hizo, y en ello no prejudicò alos acreedores, ni el deposito les ha hecho daño, sino el accidente de la baxa que despues sobreuino en el dinero: y pues tuuo libre eleccion en discontar o no los tributos, no tuuo obligaciō de esperar a que se liquidassen: porque la liquidacion no se auia dehazer por fauor delos acreedores, sino de Don Iustino para saber lo que montaua el resto, y depositarlo, cumpliendo en lo demas cō reconocer los tributos: pero supuesto que no quiso reconocer sino pagar por entero en cōtado, ni huuo que liquidar, ni resto que depositar, vt est text. in *l. de pupillo, § qui nunciat, ff. oper. nou. nunc.* ibi: *Toties autem demonstratio facienda est, quoties in partem fit nunciatio; cæterùm si in totum opus fiat, non est necesse domonstrare, sed hoc ipsum dicere. l. eum qui 57. §. si à te, ff. de V. O.* donde nota *Bartulo*, quod *solutione totius liberatur debitor partis. l. si quis cum totum, cum similibus, ff. de except. rei iudicatæ.*

7 Y aunque concedamos sin que ni para que, que fue necessario q̃ primero se liquidassen los tributos aunque no se huuiessen de reconocer, todavia el deposito estuuo muy bien hecho, y con el consiguio liberacion Don Iustino; porque supuesto que se hallaua deudor de 7ij. ducados, y no los podia pagar a ningun acreedor, porq̃ la liquidacion no estaua hecha, ni entonces se sabia si auia residuo o no, ni ningū acreedor auia sacado prouision de pago, y en aquel tiempo instauan los temores de la baxa, pues 15. dias despues de el deposito se publicò, y los acreedores con el mismo temor yuan dilatando el pleyto y contradiciendo el deposito, que remedio diera el Abogado contrario, si el tutor le consultàra para hazer el negocio del menor? Y juzgamos que como tan gran letrado preuiniera, que el tener el tutor el dinero en su poder, no era muy seguro para si ni para el menor, ni esperar auto dela Sala, porq̃ los acreedores lo contradecian, y primero auia de llegar la baxa: y tampoco era necessario hazer la liquidaciō delos tributos, pues no se auiã de reconocer los tributos. Y assi dixera y debiera dezir, que cō depositar todo el precio y hazerlo notorio a los acreedores, como se hizo, se salia de todos estos embaraços; porque el menor quedaua

libre

libre con el deposito, y pagaua de vna vez; y para esto no era necessario valerse de la condicion de la postura, sino de la disposiciõ de derecho, pues conforme a èl qualquier deudor que quiere pagar y salir de su obligacion, y no puede, o por no ser la deuda liquida y auer de preceder liquidacion, ò por auer litigio entre los acreedores, como aqui, el remedio que tiene es, pagar lo liquido, y ofrecer lo q̃ pareciere deber de lo illiquido hecha la quenta, como se prueba expressamente de la *l. quidam, ff. si certum petatur, glossa in l. obsignatione, C. de solut. verbo totius. l. si residuum, C. de distractione pignor.* Y aunque en este texto ay opiniones sobre si el ofrecimiento fue solo verbal o real, y si es necessario assegurarlo con fiança, como dize la *l. si statu liber, ff. de statu liber.* de esto no disputamos, porque basta probar que el remedio es depositar lo liquido, y assegurar lo illiquido; y si no ay nada liquido, que diga el deudor que debe vn nummo, y lo deposite, y ofrezca fiança para lo demas, porque cõ esto queda libre: aliàs fuera iniquidad que el deudor de deuda illiquida no pudiesse salir de su obligacion hasta que se liquidasse y fuesse de peor calidad que el deudor liquido: asi lo resuelue latamente *Barbosa in l. diuortio, ff. solut. matrim. § fin. 2. p. ex num. 34. vsque 37. & seqq. Guzman de euictionibus, q. 18. per totam, præcipuè num. 16. Censio de censibus 3. p. cap. 1. q. 3. articu. 9. nu. 46.* ibi: *Quod si summa, vel respectu sortis, vel respectu fructuum nõ sit liquida, & propterea depositum non possit fieri de certa quantitate, ne reprehendi possit quod non sit integram vltra depositum certè quantitatis, debet etiam præstari cautio cum fideiussoribus de supplendo quidquid deficere constiterit, &c.* Latè *Hermosilla in l. 2. tit. 3. p. 5. glossa 4. n. 85. y 86.* donde refiere infinitos, y dize, quod *si quis teneatur redderère rationem ante liquidationem, potest depositare vnum nummum & præstare cautionem, quod si appareat, in plus teneri persoluet.* In specie *Scacia de cõmert. §. 2. gloss. 5. n. 65.* ibi: *Tertius casus est quãdo debitum non est liquidum, quia tunc debitor excusatur à mora, & consequenter ante liquidationem non tenetur soluere, & ad summum posset teneri ad faciendũ depositum, &c.*

8 Y este remedio tiene el deudor quando no paga, ni quiere pagar lo todo lo que puede deber, y entretanto que se liquida, ofrece la fiança: pero quando deposita todo lo que puede deber, y todo el interes sobre q̃ se litiga, como aqui, no es materia disputable: pues q̃ se haga la liquidacion, o se baxen o no los tributos, siempre es deudor de aquella misma cantidad, y no se le puede dezir que no deposito lo que debia, ni cosa diuersa, como menos bien se opone, y entonces no es menester fiança, vt tradit ipse *Barbosa in d. l. diuortio, 2. p. § fin. n. 34. vers. praxis,* y cita a *Valasco, Garcia, y Gama,* y es muy a proposito el texto citado *in l. de pupillo, §. qui nunciat, ff. de oper. nou. nunciat.* y en la *l. eum qui 57. §. si ãte, ff. de V. O, l. si quis cum totum, ff. de except. rei iudicat.*

Y me

9 Y menos se puede fundar ni se funda por el contrario, que el deposito se hizo contra el pacto del remate, porque aliud est contra pactũ, aliud est præter pactũ: contra pactum fuera, si huuiera condicion de que no se pudiesse depositar todo el precio en contado; pero aqui no la huuo, antes este deposito no solo se hizo y se pudo hazer en virtud del pacto y en fuerça de la palabra *Resto*, que lo comprehende todo, sino præter pactum dispositione iuris, como se ha fundado, y porque como diximos en el primer papel, los 7U. ducados erant in obligatione el pagarlos en cõtado, y el reconocer los tributos erat in solutione: y assi el cõprador pudo elegir la forma de la paga, o reconociendo, o pagando en contado, vt ex iuribus in dicta allegatione traditis probauimus, quibus addimus *tex. in l. cum certum, ff. de aur. & argent. legat.* ibi: *Non materia, sed pretium præsentis temporis præstari debet.* Y alli la *glossa* verbo *materia*, nota quod *materia erat in oblatione, pretium autem in solutione. l. titiæ, ff. de aur. & argent. legat.* vbi notat *Bartulus*, quod *liberatur debitor æstimationem soluendo, quando aurum tantùm est in obligatione. l. non amplius, §. cum bonorum, ff. de leg. 1. l. obligationum, §. si ita, ff. de act. & obligat.* ibi: *Sola centum in stipulatione sunt in exolutione fundus*: tradit notabiliter *Baldus cons. 194. tomo 5.* donde dize, que lo que est in obligatione, no puede estar en arbitrio y eleccion del deudor, porque seria no estar obligado: pero la facultad de pagar de esta manera o de aquella, puede estar en su eleccion, y assi puede pagar como quisiere, como lo pudo hazer Don Iustino; porque no estuuo prohibido de pagar en contado, sino a su eleccion en reconocimientos o en contado: y esta libertad de pagar quando quisiesse, no se la pudieron quitar los acreedores por pacto ni en otra forma, porque en ningun caso puede quedar ni estar la paga dela obligacion en arbitrio del acreedor, porque es cõtra la libertad: y esto procede no solo en censos, sino en qualquiera deuda, vt latè cõprobat *D. Ioann. de la Rea, decis. 16. per totam.*

10 Y la respuesta que se dâ en el num. 14. no es mas sino dezir, que no tiene que ver esta doctrina en este caso, porque se depositò contra el pacto, a que ya tenemos satisfecho. Y el dezir que queriendo depositar todo el precio, podian los acreedores obligarle a que reconociesse los tributos, o los redimiesse, no solo no se funda, pero es impossible de derecho, supuesto que en ningun caso puede el dueño del cẽso obligar a que se le redima, ni a que se le reconozca precissamẽte, y menos en este caso, assi por disposiciõ de derecho, como porq̃ por la misma postura fue acto volũtario del cõprador

11 Todo lo que hasta aqui se ha dicho, ha sido con supuesto de que los tributos consumen todo el precio de las casas, segun la quenta que haze el Abogado cõtrario en su papel, la qual no emos impug

nado

nado por conuencerle con su mismo discurso. Pero ajustando a la verdad el hecho, quando se hizo el deposito no se sabia si los tributos consumian el precio o no, ni se podia saber, por q̃ por los mismos acreedores estaua pedida la liquidacion, y se auia dado traslado: y despues de hecho el deposito y baxada la moneda, se hizo la liquidacion, y por ella consta que baxados los tributos, sobrã mas de 2ʒ ducados: y aun oy no està liquido, porque està contradicha por algunos acreedores, y se han presentado cartas de pago, y ay muchas que presentar, y no se ha visto ni determinado, y despues acà ha salido a este pleyto otro tributo perpetuo dela fabrica de S. Ysidro sobre las casas, que se ha de graduar y liquidar: y ay otro tãbien de la Misericordia, que aun no ha salido al pleyto, aunque ha acudido al comprador a pedir los reditos. Y la quenta que haze el Abogado contrario, es cargando los premios de la plata a 200. por ciento, conque consume todo el precio: y la reduccion de los premios tambien requiere conocimiento y litigio cõ los acreedores: y si se huuiesse de suspender el deposito hasta que estos articulos se venciessen, bien cierto es que llegaria primero la baxa, pues oy no estan determinados; y esso es lo que quiso euitar el menor y su tutor, q̃ no le cogiesse la baxa con el dinero, sino depositado por quẽta y riesgo de los acreedores; y si no lo huuiera hecho tan apriessa y con tanto cuydado, tuuiera gran culpa y omission, porque los temores instauan, y no sufria tanta dilacion el negocio: y estos son terminos en que se pudo omitir el esperar la liquidacion, aun quãdo fuesse necessaria, *text. est in l. de pupillo, §. si quis riuos, ff. de oper. nou. nũc.* donde se nota, quod *vbicumque dilatio est periculum, allatura spernitur nuntiatio*. Y en efeto la breuedad con que se publicò la baxa, hizo cierto el recelo del tutor, y loable su diligencia y preuencion.

ARTICVLO SEGVNDO.

Que con auerse hecho el deposito quedaron los tributos redimidos, aunque no precediesse oblacion.

12 EL fundamento contrario es dezir, que los acreedores erã ciertos porque estauan graduados, y q̃ assi fue preciso hazer oblacion.

Si es bastante estar graduado vn acreedor para pagarle, bien dize el Abogado contrario; pero no lo funda ni ajusta a este pleyto, porque ningun acreedor de los graduados es acreedor del cõprador de los bienes, ni a èl se le puede pagar, porque conforme al remate se auia de pagar a los acreedores que la Sala mandasse, y assi

 se

se paccionò expressamente: y antes que cobrasse era necessario que entre los mismos acreedores se liquidassen sus creditos, y no bastaua el grado, porque algunos ay en las sentencias, que despues de ellas han cobrado, y assi se afirma en la liquidacion que hizo el Relator, y se liquidan con esta calidad: y esto aũ no està determinado, y ellos mismos pidieron la liquidacion para sacar prouisiones de pago contra Don Iustino: y es sin duda que si el tutor pagasse a algũ acreedor sin auerlo mandado la Sala, le pagaria mal, y quedaria expuesto a q̃ otro de mejor derecho le sacasse el dinero segunda vez: y oy se experimenta, porque han salido tributos nueuos que pretẽden tener mejor derecho: y supuesto que en este caso tendria obligaciõ el comprador de defenderse, y citar a los demas acreedores, como el Abogado contrario quiere necessitarle a que tuuo obligacion de hazer oblacion a quien no podia, ni debia pagar? Porque no teniendo prouisiõ de pago, no era persona legitima; y esto basta para no pagar, ni ofrecer ni incurrir en mora alguna, vt latè probauimus in 1. allegatione in hoc articulo, quib⁹ nũc addimus *Gracian. c.400.tom.2.n.7.Barbosa in l.diuortio 2 p.§.fin.n.34.* dõde dize, q̃ siendo cãtidad illiquida, no es necessario hazer oblacion al acreedor.

En el num.22. reconoce el Abogado contrario este defeto de liquidacion, no solo de los acreedores, sino de los creditos, y dize, que el comprador tuuo obligacion de pedir q̃ se liquidassen, y apresurar la liquidacion, y que sacassen prouisiones.

Pero esto tampoco se funda ni se puede fundar, sino es en caso q̃
13 el comprador quisiesse reconocer los tributos, y depositar solo el resto; porque entonces era necessario para saber quanto era, q̃ precediesse la liquidacion, y le tocaria al deudor solicitarla; de quo est textus clarus in *l.si residuum, C.de distract.pignor.* que habla en terminos de deudor que ofrece el resto para euitar la vẽta de sus bienes, diziendo que lo demas lo ha pagado; pero en el que ofrece el todo, el texto insinua lo contrario, pues no se le puede obligar al deudor mas sino q̃ pague lo que debe, *l.fin.C.aduersus fiscum,* & plures refert *Crauett.consi.826.num. 5. tomo* 4. y aqui no se opone que el comprador pagò menos, sino que no debia pagar antes la liquidacion. Y esto es vna cosa sin sustãcia y friuola, pues si despues de hecha no le podian obligar a q̃ reconociesse ni pagasse por menor a cada vno, bien pudo pagar antes a todos en el deposito, como el que debe in diem: y assi no fue necessario esperar la liquidacion, ni depositar el resto pagãdolo todo, vt disponitur *in dicta l.l.de pupillo, §.qui nũciat. ff.de oper.nou.nunciat.l.eum qui 57.§.si à te, ff.de V.O.* y mucho menos auiendo sido pacto en su fauor, y militando la misma razõ en la parte, que en el todo; conque vale el argumento de parte ad totũ etiã

in

in quantitate, *l. si quis cùm totum, ff. de except. rei iudicat.* latè *Euerardus in loco de toto ad partem ex n.* 14.

14 En el num. 23. se toma otro medio, que es dezir, que aũq fuessen inciertos los acreedores, se debia hazer la oblacion en juyzio, maximè siendo todos los acreedores eiusdem fori: y en el num. 26. cõcluye, que no bastò notificar el deposito despues de hecho.

Todo lo que el Abogado cõtrario alega en estos numeros, es lo regular y ordinario que se debe hazer para pagar al acreedor cierto y conocido, que està impedido o ausente, y no puede o no quiere recebir; y es doctrina que la cõfessamos y reconocemos en nuestro papel: pero no tiene que ver en nuestro pleyto, porque aqui no auia ningun acreedor cierto ni que tuuiesse facultad de recebir, ni la liquidacion estaua hecha, ni el comprador trataua de redimir tributos, ni podia redimirlos sin auerlos reconocido, y el reconocer los estaua en su eleccion: y solo se tratò de pagar al concurso el precio de las casas, y esta paga de necessidad se auia de hazer el deposito, etiam inauditis creditoribus: y con esta paga quedauan extinguidas las hypotecas y censos, segun la dotrina de *Fabro en la difinic. 29. lib. 8. tit. 17. Fontanella de pact. 2. tom. claus. 5. gloss. 8. p. 7. ex nu. 48. vsq;* 50. y los demas lugares y textos alegados en el fol. 6. vers. *lo segundo del primer papel*, quibus nunc addimus *Scatiam de commert. §. 2. gloss. 5. n.* 173. cuya doctrina se ponderarâ adelante: a los quales no se respõde con textos ni doctrinas especiales, ni tienen respuesta: solo se dize desde el numero 28. hasta el fin, que no se guardò la forma de el pacto, porque se auian de discontar los tributos, y depositar solo el resto. Y esto se satisfaze con lo que tantas vezes se ha repetido, que este pacto no lo pusieron los acreedores ni fue en su fauor, sino de el cõprador, en cuya eleccion estuuo el reconocer, & per consequens discontar los tributos, y pagar por entero o el resto.

15 Y en lo que se dize que se auia de hazer oblacion judicial y q̃ no bastò notificar despues el deposito, reseruamos para el articulo siguiente por no repetirlo alli.

ARTICVLO TERCERO.

Que el deposito fue judicial, y en tiempo ligitimo.

16 DEsde el numero 33. hasta 43. se dilata el Abogado contrario, persuadiendo que es necessario que aya autoridad de Iuez para el deposito, etiam aũque se haga en parte publica. Y en esta question no nos detendremos, porque basta lo que diximos en este Articulo en quanto a esto, a que no se dà suficiente satisfacion

con

con tanto como responde: y assi nos remitimos a el primer papel, sin hazer mas esfuerço en este púto porque no lo emos menester, supuesto que el deposito sobre que se litiga, fue judicial, hecho en virtud del remate y de los autos de la aprobacion, como se fundò con muchos textos y dotrinas en el primero papel fol. 9. A las quales no se responde sino solo en el numero 43. que el pacto fue de q̃ se auia de depositar el resto discontados los tributos, y quando pudiesse auer alguna controuersia o dificultad, seria en el resto, no en lo demas que mira a los tributos, los quales quedarõ excluidos de depositarse eo ipso que se paccionò el resto, quia exclusio vnius est exclusio alterius; & inclusio certæ & determinatæ rei aut quantitatis, excludit reliquam.

17 Y a esto ya hemos respondido muchas vezes, y es fuerça repetir que estuuo en eleccion del comprador, el discontar los tributos para reconocerlos, o depositar todo el precio en contado: porq̃ la misma razon procedia en el resto, que en el todo, pues todo era precio de las casas, y deudor de vno y otro el comprador. Y el auer dicho que se baxassen los tributos y depositaria el resto, fue por comprar con menos desembolso, no para obligarse a reconocer precisamẽte: y este es caso en que no procede la regla de la *l. cum Prætor, ff. de iudicijs cũ similibus*, porq̃ aqui *inclusio vnius est exclusio alterius*. Primo, quia *eadem ratio militat in excluso, quám incluso*. Secundo, quia *constat de mente*. Tertio, quia *inclusum contrarium operaretur*, vt tradit *Menochius cons. 197 n. 83. lib. 2. vers. non obstat primo*. Decius *cons. 110. n. 6. in fin.* donde dize, quod *inclusum alia via nunquam excluditur*, como aqui, que el precio se comprehende en la palabra resto; y aũque no se comprehendiera, nunca pudo quedar excluido, pues siẽpre estaua incluso en la obligacion del todo: latê *Iacobus Mandelus cons. 164. per totum*, a quiẽ refiere *Thusco conclus. 71. lit. Y.* donde limita esta regla de cinco modos, que todos se ajustan a estos terminos.

18 El primero, quando lo que se pretende estar excluido, *remanet in dispositione iuris, quia tunc non censetur exclusum*, como aqui, que quando se tenga por tan estrecha la palabra *resto*, que no comprehenda mas que la parte, lo demas *remanet in dispositione iuris*, y se pudo pagar por salir de la obligacion, vt diximus.

El segundo, quando *alia via includitur, non censetur exclusum*, vt proximè diximus.

El tercero, quando *eadem est ratio*, como aqui, pues tã debido era el todo, como la parte.

El quarto, quando *constat de mente & potestate*, como aqui, que la intencion fue pagar el precio y no reconocer precisamente, y quedò a eleccion del cõprador, y assi estuuo en su voluntad pagar de vna

manera

manera o de otra: y esta misma limitacion aprueba *Angelo en el cõs. 375. n. 3. in fin.* que se alega por la otra parte.

El 5. quando *adest verisimilis causa*, como aqui, que la causa de auer dicho que depositaria el resto y no el todo, fue por quedar cõ la elecion de reconocer, por pagar con menos desembolso.

Y en efeto declara toda la materia q̃ procede *quoad expressam inclusionem, quia non includitur expresse, sed si vel à dispositione iuris, vel à paritate rationis includitur, non dicitur exclusum.* Lo mismo prueba *Pedro Surdo, decis. 145. n. 12.* donde dize, que la regla dela exclusion procede quãdo *duo proponuntur decidenda, vel expedienda, tunc enim per admissionem vnius inducitur reiectio alterius, quod prouenit ex vi electionis.* Y aqui no huuo dos precios, sino vno que fueron los 7ʊ. ducados: y aunque tuvo el comprador elecciõ en la forma de la paga, eligio pagar todo el precio, conque quedò excluida la forma de pagar reconociendo: y de esta manera corre bien la regla, quod *inclusio vnius est exclusio alterius*, no al contrario.

19 Y boluiendo a lo primero de que el deposito fue judicial, demas de lo que està fundado en el primero papel, añadimos, que aqui el depositar, fue pagar y salir de la obligacion, y suponiendo q̃ el cõprador pudo pagar todo el precio, assi porque se comprehende en la palabra *resto*, como porque tuuo eleccion de discõtar o pagar, por auer sido pacto en su fauor, vt diximus. Pudo tambien depositar todo el precio en virtud del remate, pues el pacto de depositar el resto, tambien se entiende del todo, quia *vna & eadem res non debet diuerso iure censeri. l. eum qui ædes, ff. de vsucap.* Y estando aprobado este pacto por autos de vista y reuista, en ellos quedò dada la licencia para depositar, y no fue necessario nueuo auto: porque el acto de pagar es consequente a la compra, como el entrego de la cosa vendida: y assi el que tuuo poder para venderla, no ha menester nueua licencia para entregarla: textus est notabilis *in l. Papinianus, ff. de public. in rem:* y la paga del precio y el entrego de la cosa *pari ambulant. l. curauit, C. de act. empti,* y por la dicha *l. Papinianus in fine. Bart. in l. alio hærede, ff. de alim. & ciuar. legat. n. 20.* quod *commissarius cum facultate vendendi potest transferre possessionem & dominium in emptorem. Carpio de executoribus lib. 3. cap. 3. n. 27.* Y es a proposito la doctrina de *Peralta in l. statu liberum, §. stichum, ff. de leg. 2. n. 4.* donde dize, que el que cumplio su destierro, no ha menester nueua licencia para boluer, *quasi in sententia iudicis fuerit data sibi licentia redeundi, quia ex quo condemnauit ad certum tẽpus, videtur indulsisse, & præstitisse licentiam redeundi post tempus.* Lo mismo tiene el señor *D. Iuan del Castillo lib. 4. cap. 45. n. 30. Bursatus cons. 362. n. 24 & 25. lib. 4.* Y assi aqui auiendo sido condicion de remate, q̃ el precio se auia de depositar en el Depositario general luego que se aprobasse

basse el remate, auiendose aprobado con esta calidad, quedò dada licencia para hazer el deposito en los mismos autos de aprobacion, y no fue necessario mas auto: y el deposito que se executò en virtud de estos autos y del remate, fue judicial, y se cumplio con el la obligacion.

20 Pero para que gastamos tiempo en disputar si fue necessario hazer oblacion a los acreedores antes del deposito, o si fue judicial o no, supuesto q̃ el deposito se hizo en 3. de Setiembre, y se puso testimonio en el pleyto, y se hizo notorio a todos los acreedores en 5. de el mismo mes; conque pudieron sacar el dinero, y acomodarlo antes de la baxa, que se publicò en 15. de Setiembre? Y este fundamento excluye todo quanto se alega por las partes contrarias, en particular en el num. 26 donde dize, que fue preciso que precediesse la oblacion al deposito.

21 Porque se satisfaze. Lo primero, cõque siendo como eran inciertos los acreedores a quien se auia de pagar, y la cantidad illiquida, no fue necessario hazer oblacion, y bastò solo el deposito, como se ha fundado, y aora añadimos la *l. euictis, §. post traditam, ff. de vsuris*, que es texto que lo prueba todo, ibi: *Post traditam possessionem defuncto venditore, cui successor incertus fuit, medij quoque temporis vsuræ pretij, quod in causa depositi non fuit, præstabuntur*. Y esto no es especial en las vsuras, que lo mismo es en la suerte principal, *l. si creditrici, C. de vsur. l. acceptã eod.*

22 Lo segundo, porque la razon por que debe preceder la oblaciõ al deposito en caso que sea necessario vno y otro, es porque el deudor no se obligò a depositar, sino a pagar a su acreedor, y la paga q̃ se induze por el deposito, es subsidiaria, en caso que el acreedor no quiera recebir, o no parezca, vt dicitur *in l. acceptam, l. si creditrici, C. de vsur.* y por esta causa debe preceder la oblacion; assi lo notò *el señor Don Iuan de la Rea in decis. 19. n. 19. Cuius rei ratio in eo fundatur, nam debitor non est obligatus ad pecuniam obsignandam, sed creditori tradendam; vnde prius quàm ad obsignationem deueniatur, offerri pecunia oportet, & quãdo accipere recuset, tunc obsignanda, &c.* Y de aqui se infiere con euidencia, que este precio se debio depositar sin oblaciõ, porque no huuo obligacion de pagarlo a este ni a aquel acreedor, sino depositarlo o pagarlo a quien la Sala mandasse: y assi no fue necessaria la oblacion, ni debio preceder, porque cessa la razon de ella, y es lo mismo que si se huuiera hecho, per text. *in l. si dictum, §. si præsente, de euict. vers. etsi nihil*, vbi *si emptor qui vult denunciare venditori, vt adsit liti motæ super re vendita, non potest scire vbi venditor sit, æquè committitur stipulatio aduersus eum, ac si sibi denunciatum fuisset, etiam si nihil venditor fecerit, quominus ei denunciari possit*. Comprobat *Tiraquelus de retract. linag. §. 9. gloss. 3. nu. 20.* tradit ex pluribus *Guzman de euict. q. 5. n. 8.* y lo mismo es no saber dõde està el acreedor, q̃ no saber qual es.

Lo

23 Lo tercero, enel caſo que no ſe puede hazer oblaciō al acreedor, o por auſencia o impedimento, no ſe debe hazer a el ſuez, como ſe pretende por el Abogado contrario num. 23. y 33. porque al acreedor ſe haze para que reciba el dinero, y el Iuez no lo ha de recebir: y lo que dize el texto en la *l. ſi creditrici, C. de vſuris,* ibi: *Abſente veró creditrice iudicem ſuper hoc interpellare debueras,* no es q̃ ſe le haga oblacion, ſino que ſe le dê noticia para que con ſu autoridad ſe depoſite, como dixo la *l. acceptam, C. eodem,* ibi: *Vel vbi competens iudex ſuper ea re additus deponi eas diſpoſuerit.* Y con eſto baſtantemente ſe cumplio, porq̃ el depoſito ſe hizo en virtud delos autos de aprobacion, y enel Depoſitario general, que es publico, y deſpues ſe preſentò teſtimonio en el pleyto, conque ſe hizo notorio a la Sala y a los acreedores, a quien ſe notificò, con lo qual ſe complio: vt eſt textus *in l. in contractibus, §. penult. C. de non numerata pecunia,* ibi: *Eandem quærellam manifeſtare, & ibi, & per os manifeſtare.* De manera q̃ el acudir al Iuez no es mas que para hazer notorio el depoſito, y manifeſtarlo a los intereſſados: y de eſta manera lo entiende la *Gloſſa en la l. ſi creditrici,* ibi: *Præſidem interpellare debueras,* verbo *Præſidem,* donde alega la dicha *ley in cōtractibus.* Y eſta manifeſtacion o notoriedad no es de ſuſtancia q̃ preceda al depoſito, ni puede preceder porque es acto que ſe ha de hazer deſpues del depoſito, pues antes no ſe podria hazer notorio lo q̃ aun non erat in rerum natura. Y cō eſto ſe ſatisfaze a la muchedū bre de alegaciones q̃ ſe hazen en cōtrario, porque todas procedē en paga de acreedor conocido y cierto, y donde es neceſſaria oblaciō.

Vltimo ſupueſto, que la oblaciō no pudo preceder al depoſito, ni fue neceſſaria por la incertidumbre de los acreedores y illiquidacion de los creditos, fue neceſſaria la notificaciō que ſe hizo deſpues del depoſito, para q̃ no lo ignoraſſen los acreedores, y puſieſſen cobro en el dinero; y con eſto ſe ſuplio la oblacion precedente, caſo que ſe debiera hazer, como ſe fundò enel primero papel fol. 5. a la buelta: y aora añadimos la doctrina de *Craueta in reſponſo 1. pro genero, tom. 5.* q̃ es deciſiua de eſte punto, porque auiendo en el num. 14 dicho que es neceſſario que para q̃ el depoſito preceda citacion y oblacion, conforme a la *ley acceptam, C. de vſuris,* deſpues en el *nu. 259.* reſponde y dize, q̃ el defecto de citacion no anula el depoſito quan do ſe hizo deſpues, y no ſe le ſigue ningun daño al acreedor de que no ſe le aya hecho antes, pues pudo impugnar el depoſito quando ſe citaron, o ponerle cobro, *quod cum ita ſit damni quidquam de ordine hoc mutato pars non ſentit, &c.* Y en el *num. 263.* dize, que la citacion ſe introduxo para defenſa: *Proinde nihil refert ante actum, an poſtea citatio interueniat.* Y en el *num 264.* concluye, que ſolo procede la nulidad del depoſito quando ſe hizo de manera que la parte lo ignorò; pero ſi lo

ſupo

supo despues, se suple el defecto de citacion. Tambien resuelue este punto *Alexandro Trentacinquio Variar. tit. de solut. resolut. 22. vers. tertio requiritur*, donde auiendo dicho que es necessario q̃ el deposito se haga con citacion, dize: *Hæc autem citatio aut fit ante depositum, aut post: si fit ante depositum, pars citari debet ad recipiendum pecunias in tali loco, &c. Si verò fit post depositum, tunc citari debet ad accipiendam pecuniam in tali banco depositam, & sic ei notificari debet depositum factum, & offerri ad hoc vt eat ad accipiendam dictam pecuniam, cúm per debitorem amplius non stet soluere: & hoc facto depositum currit periculo creditoris, &c.* Y luego prosigue diziendo, que solo es necessario que preceda la oblacion precisamente, quãdo *per oblationem & solutionem volo aliquid mihi adquiri, quia tunc teneor ire ad domum creditoris, licèt sit diuersi fori, & idem est quando volo me exonerare ne incidam in moram, vel pœnam: & creditor est eiusdem fori, nam tunc similiter debeo ire ad domum creditoris.* Y luego concluye: *Sed quando creditor & debitor sunt diuersi fori, tunc ex quo creditor tenetur ire ad domum debitoris, debitor potest consignare & deponere pecuniam absque alia præcedenti oblatione & citatione, & sic debitor non erit in culpa, & consequenter depositum peribit periculo creditoris.* Y esto se ajusta indiuidualmente, porque el comprador no tuuo jamas obligacion de lleuar el dinero à los acreedores, aunque sean todos eiusdem fori, porque no erã ciertos ni auian sacado prouisiones de pago, y la obligaciõ era de pagar enel deposito, o a quiẽ la Sala mãdasse; y asi no fue necessario hazer oblacion, y bastò depositar, y notificarles despues el deposito. Cõprobat *Bart. in l. de pupillo, §. si quis ipsi prætori, colum. 2. in 3. oppositione vbi omnes, ff. de oper. nou. nũciat.* donde dize, que si no se puede hazer denunciacion al vendedor, *quia abest, & ignoratur vbi sit, si postea compareat, debet ei denunciare.* Cõprobat *Tiraquel. de retract. linag. §. 9 gloss. 2. n. 25.* y enel *num. 26.* pondera la *glossa del cap. cupientes, §. quod si per viginti,* in verbo *proposita, in principio de electione, lib. 6.* ibi: *Dummodo postea non sit negligens,* y dize, que *id totum arbitrio iudicis relinquitur,* videlicet, *ex qualitate negotij personarum, & loci.*

24 Y esto se ajusta a este pleyto, porque aunque aqui los acreedores no estuuieron ausentes, eran inciertos, que es lo mismo, porque no se sabia qual auia de cobrar; y asi no se les pudo requerir ni hazer oblaciõ especial, y despues se les hizo notorio el deposito a todos, que es lo que bastò para que no tuuiessen ignorancia del, porque el negocio no era de calidad que se podia requerir ni ofrecer a ninguno en particular, porque no tenia facultad de recibir, y el tiempo era apretado, porque instauan los temores de la baxa, pues luego sucedio, y no sufria mas dilacion: y a los acreedores no se les siguio ningũ daño de que no se les huuiesse hecho oblacion, porque ellos no querian recibir el dinero, antes auian contradicho el deposito y el remate: y este es caso en que tampoco es necessaria la oblaciõ, vt

latê

latè fundamus in prima allegatione fol.7.verſ.finalmente, quibus addimus *Guzman de euictionibus,q.5.n.19.* & tenet *Caueta vbi proximè,n.256.* donde dize, que no es neceſſario que preceda oblacion, quando *pro futura non erat, quia aduerſarius pecuniam nõ eſſet admiſurus, qui ne nunc quidem accipere vult, ob id in culpa actor non fuit, quod oblationem omiſſerit.* Y lo miſmo dize en el *num.210.* y en el *conſ.83.n.5.* Y aſsi lo miſmo fue que la notificacion ſe hizieſſe antes o deſpues del depoſito, porque no tienen interes eneſte articulo los acreedores, ni debẽ ſer oydos: y a eſte propoſito ſe aplica otra doctrina, que ſe alega en la materia de euiccion, donde es preciſo que preceda la denunciacion, taliter, que ſi el vendedor no es requerido, non tenetur de euictione, y cõ todo eſſo no baſta dezir que no fue requerido, porque tiene neceſſidad de moſtrar que ſi lo fuera, tenia tales excepciones, q̃ con ellas venciera el pleyto, y ſino las mueſtra, no importa que no aya ſido requerido; porque la cauſa por que ſe requiere la denunciacion, es para que defienda al comprador, y eſta ceſſa ſi no tenia defenſa. Cõprobat ex pluribus *Guzman de euictionibus, cap.4.nu.78.* Y aſsi aqui no pueden alegar los acreedores que no ſe les ofrecio el dinero, porq̃ no dizen que lo querian recebir; antes lo contradezian entonces y oy lo contradizen, porque impugnan el remate y el precio, porq̃ dizen q̃ ſus creditos ſon de plata, con lo qual no fue neceſſario ofrecer lo que auian de recebir, vt tenet *Caueta in ſpecie vbi proxime.*

ARTICVLO QVARTO.

Que el rieſgo de la baxa corrio por los acreedores, aunque no huuieſſe depoſito, y que no pueden ſer oydos en lo principal del remate.

25 POr dos fundamentos ſe fundò eſte Articulo en el primero papel. El primero, porque el depoſito fue legitimamẽte hecho: y el ſegundo, porque aunque no huuiera depoſito, corrian el rieſgo los acreedores en el dinero deſde el dia del remate, conforme al pacto, ibi: *Quedando por quenta y rieſgo de quien lo huuieſſe de auer, en poder del dicho Don Lorenço del Caſtillo, porque auiendoſe hecho el remate, no auia de correr ningun rieſgo el dicho Don Lorenço en el dinero.*

26 Lo que ſe reſponde por el Abogado contrario es, que el depoſito fue illegitimo, por el defecto de oblacion, autoridad y ſobra de cantidad. Y eſta vltima cauſa es irregular, porque muchos autores ay que dizen, que el depoſito es nulo ſi no es entero y de toda la cãtidad. Pero que ſea nullo por auerſe depoſitado mas cantidad, no emos viſto quien lo diga: y a todos eſtos achaques ya dexamos reſpondido. Añade aora el Abogado contrario, que el remate no eſta-

ua perfecto, porque estaua aprobado por auto de vista sin embargo de suplicacion, y està pedida licencia para suplicar, y pide restitucion para ella.

27 Lo que respondemos es, que o aqui ay autos de reuista, o no: si los ay, ni se puede admitir suplicaciõ ni restitucion: si no los ay, no hà menester la otra parte restitucion, y es escusado el pedirla, y escusado tambien el mouer estos articulos, porque ay autos de vista y reuista con pleno conocimiento de causa, y cõ diligencias sobradas para justificacion del remate, las quales por menor se refieren en nuestro papel al principio, y suplicamos se ajusten.

28 Porfiase en el num.48. en que el remate fue nullo, por auerse cõprado las casas en vellon contra la executoria de graduacion, siendo los creditos de plata.

A que respondemos, que no ay executoria en que se dè forma a el precio en que se han de vender las casas, sino en quanto al grado de los acreedores, y en virtud de ella se vendieron, y el comprador las pudo poner como quiso, mayormente no auiendo mejor ponedor, como se esperimentò en tantas vezes que le sacaron a pregon: y en la postura se pudo prejudicar a los acreedores, y por esso se les dio traslado, y huuo tanto litigio sobre la aprobacion. Casi en terminos resuelue este punto *Escacia de commert.* §.2. *glossa* 5. *n*.173. donde se vendieron vnos bienes para pagar a acreedores, y el comprador los comprò con calidad de depositar el precio, y q̃ ningũ acreedor lo sacasse del deposito sin que primero se obligasse a restituir a otro mejor acreedor; y despues se hizo notorio este deposito a vn acreedor de censo, el qual impugnaua el remate y el deposito, porque dezia que no estaua obligado a hazer semejante obligacion, y alegaua lo mismo que alegan los acreedores, videlicet, *Secundo, quia non debet esse in potestate emptoris rem censu oneratam facere deteriorem conditionem eius qui in illa re censum habet, debet enim illa res transire in emptorem cum onere suo, & proinde sicut vendens illam rem, non potest vinculare pretium, quod restitueret domino census, ita nec debet posse emptor rei, qui dicitur successor singularis*; y sin embargo resuelue Escacia lo cõtrario. Y esta doctrina se ajusta a todas las circunstancias de este pleyto: porque lo primero prueba, que el precio de los bienes vendidos en concurso, se ha de depositar para pagar acreedores. Lo segundo, que no es necessario q̃ preceda oblacion, porque basta notificar el deposito despues de hecho. Lo tercero, que en el remate quedan prejudicados los acreedores con las calidades de la postura, aunque sean contrarias a sus instrumentos.

29 Prosigue el Abogado contrario en el num.48. interpretendo las palabras de la postura, ibi: *Porque desde el dia del remate han de correr los*

acreedores

acreedores el riesgo en el dinero; y dize, que esta palabra *dinero*, se ha de entender del resto baxados los tributos: y en este resto confiessa q̃ corrieron el riesgo los acreedores, o depositado, o en poder del tutor.

Con esta clausula tenemos por segura la vitoria de este pleyto, porque entendida como ella es, no se limita al resto, sino a todo el precio; y entendida como quiere el Abogado contrario, ni fue necessario hazer oblaciõ, ni deposito judicial ni extrajudicial. Lo primero, porque si los tributos consumen todo el precio como quiere el Abogado contrario, esta palabra *resto* comprehende el todo, como se ha dicho: y asi todo el precio corrio por quẽta de los acreedores en poder del comprador, quier el dinero signifique el resto, o todo el precio.

30 Lo segundo, porque se haze vn argumento concluyente, y q̃ cõuence sin dificultad, y es este: El Abogado contrario confiessa en el num 10. y 11. y en todo el papel, que quedò en eleccion del cõprador el reconocer los tributos, y pagar alternatiuamẽte o en cõtado, o reconociendo. Y el nu. 48. dize, que los acreedores corriã el riesgo en el resto, quedando en poder del cõprador conforme a la postura.

Tunc sic, si el comprador tuuo eleccion de pagar alternatiuamẽte, bien pudo luego que se aprobò el remate vsar de la eleccion, diziendo que elegia pagar todo el dinero en contado, y no queria reconocer ningun tributo; y si huuiera hecho esta declaracion, o eleccion, no es dudable sino que se verificaran las palabras de la postura, hoc est, que el dinero que quedaua en su poder por quenta de los acreedores, era todo el precio y no el resto, y solo tendria obligacion de registrarlo al tiempo de la baxa, y con esto correriã el riesgo los acreedores, sin que fuesse necessario auer hecho oblacion ni deposito, porq̃ el pacto es claro, y lo confiessa la otra parte.

Pues esto mismo y mucho mejor se hizo, porque el comprador declarò con la obra y con las palabras del deposito, que no queria reconocer los tributos ni descontarlos, sino pagar todo el precio, como consta de la escritura de deposito donde claramente lo dize, y vsa de la eleccion que tuuo por el remate. Y no necessitamos que esto valga en fuerça del deposito, porque suponemos q̃ no ha auido deposito, sino que solo fue hazer vn buen registro y manifestacion del dinero o precio, con ciencia de los acreedores, y que el cõprador vsò de la eleccion que tuuo conforme al remate; cõ lo qual corrieron el riesgo los acreedores en el dinero en poder del cõprador: con q̃ cessa la disputa de la oblaciõ, y del deposito, pues no fue necessario para que corrieran el riesgo los acreedores: & quando *depositum non fuit necessarium, non vitiatur, etiam si minus rité fuisset factum.*

Glos.

Glossa & DD. in l. vinum, ff. si certum petatur. Craueta cons. 331. n. 15. tom 2. vbi in specie. Y no es meuester mas argumentos para vencer este negocio, y conuencer todo quanto de contrario se alega, porque aunque se lo concedamos, no tiene respuesta lo que se à dicho. Saluo, &c.

Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.